DISSERTATIONEM
DE
IVRE LEGATORVM
IN DIEM VEL SVB CONDITIONE RELICTORVM,

OCCASIONE §. 4. TIT. XLV. E. O. P. S.

ILLVSTR. ICTOR. ORDIN. CONSENSV

AD D. XVI. MART. MDCCXXVIII.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI

SISTIT

PRAESIDE

DN. CAROLO GVILIELMO GAERTNER,

J. V. D. ET D. V. S. ET REG. IVR. P. P. ORD.

RESPONDENS

LOTH FRIDERICVS PRELLER,

DITTMANNSDORFF-SAXO.

LIPSIAE, RECVSA 1745.

VIRO
PER-ILLVSTRI ATQVE EXCEL-
LENTISSIMO

DOMINO
IOBO FRIDERICO
DE BOMSDORFF,

SACRAE REGIAE MAIESTATIS POLO-
NIARVM ET ELECTORIS SAXONIAE
CLAVIGERO CVBICVLARI,

VT ET

REI FORESTALIS ET VENATORIAE IN ELE-
CTORALI DISTRICTV ET DYNASTIA GOM-
MERENSI SVMMO PRAEFECTO,

DOMINO SVO GRATIOSISSIMO.

Per-Illuſtris atque Excellentiſſime Domine,

Mæcenas optime,

Haſce pagellas, tenues quippe, eaque propter Tuae perluſtrationi minime dignas, Tanto Nomini dicare non auſerim, niſi, quicquid hactenus in litteris Jurisque ſtudio profeci, cuncta Tibi debere, mihi conſcius ſim. Tua enim benigniſſima meæ tenuitatis commendatione factum eſt aliquando, ut, ex ipſo Regio ſtipendiorum ærario, ſtudiorum adminicula obtinuerim, quibus alias incumbere commode, domeſticæ rationes forte non permiſiſſent. Quid igitur juſtius, quam primitias profectuum meorum Tibi offerre, utpote quos unice Te faventе facere licuit. Hac mente, non alia, ſpecimen hoc academicum Tuo conſpectui ſiſto, qui Tua gratia nihil unquam ſanctius, nihil acceptius habebo,

Per-Illuſtri atque Excellentiſſimi Tui Nominis

perpetuus ac devotiſſimus Cultor
Respondens.

DE
IVRE LEGATORVM
IN DIEM VEL SVB CONDITIONE
RELICTORVM.

§. I.

Teſtamentorum originem & juſtitiam, quamvis Juris naturæ haud eſſe putaremus; ubi tamen efficacem iisdem effectum conceſſerunt leges civiles, adeo ſancta & inviolabilia ſimul effecta ſunt, ut, ſi in reliquis legitime compoſita ſint, legis vim obligandi inter hæredes facile obtinere dicantur. Recte propterea MODESTINO in *l. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* teſtamentum eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. In qua definitione juſtam ſententiam interpretari debemus, legitimam, *l. 3. ff. pro Socio, l. 50. §. 6. ff. d. legat. 3.* & legitimam, intelligere non ſolum eam, quæ lege con-

confirmatur, XII. TABB. nempe, *l. 130. d. V. Sign.* quo sensu legitima conventio dicitur, quæ lege aliqua confirmatur, *l. 6. ff. d. pact.* sed & quæ legis vim infert. Nota est enim illa lex XII. TABB. apud GOTHOFRED. *in Tabula V. Lex. I.* quam CVIACIVS *in Parat. Cod qui testam. fac. poss.* in hunc modum concipiendam putavit, ex PAVLO, ut opinor, *l. 53. d. V. Sign. Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelæve suæ, ita jus esto.* Quibus verbis testantium voluntates ita firmatæ sunt, ut pro lege jureque censeantur, imo, ut lex & jus sint. Nam verbum legassit, quasi legem ferat, sonare videtur, si IVSTINIANO credimus. *Nov. 22. c. 2.* qui *νομοθετείτω* vertit, quod & ultima verba palam faciunt, quæ etiam sic vertit, *καὶ ἔστω νόμος.* Quare antea idem Imperator in *Nov. cit.* dixerat; *Disponat itaque unusquisque super suis, & sit lex ejus voluntas*, & hoc est, quod ait *l. 14. qui testam. fac. poss.* testatorem legem testamento dicere.

§. II.

Ea autem, quæ in testamento legis obligationem inducunt, & a testatore de ultima sua voluntate disponente hæredi ut norma præscribuntur, quam hic, hæreditatem percipere intendens, nullo modo transgredi potest, sunt fere hæc, legatorum & libertatis datio, ac tutelarum constitutio, *l. 120. ff. d. Verb. Sign.* Ad has enim figuras & species voluntatis latissimam testandi potestatem, legibus XII. TABB. concessam, reducere Prudentes voluerunt, hæredis institutionem, si tanquam caput & fundamentum testamenti iisdem jungas, & donationem mortis causa inter legata comprehendas. Reliqua enim ex iis, quæ in testamentis scribuntur, juris obligationem neutiquam habere Jure civili intelligebantur, ut antiquitus obtinuit in fidei commissis, deinde tamen legatis omni ex parte exæquatis. *l. 7. ff. d. ann. legat.*

§. III.

§. III.

Obligatur vero principaliter hæres; & de Legatis præprimis ex hæreditate delibandis, & legatario exſolvendis, hæredi legem dictitat teſtator. Quare §. 1. *I. d. legat.* *Legatum eſt donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præſtanda*, & a FLORENTINO deſcribitur, quod ſit *delibatio hæreditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum hæredis foret, alicui quid collatum velit. l. 116. pr. ff. d. legat.* 1. Ex quibus præmiſſis facilis eſt concluſio, hæredi regulariter legatorum ſolutionem incumbere; id quod poſtea jure recentiori introductum fuit. Nam cum æquiſſimum Prætori viſum ſit, unumquemque non ſibi jus dicere occupatis legatis, ſed ab hærede petere, ut eſt in §. 2. *l. 1. ff. quod legator.* manifeſtum eſt, legatum eſſe ab hærede præſtandum. Ante vero legatario licuerat, ſuo jure, legato manum injicere, ſibique illud auferre, in legato ſcilicet ſinendi modo & præceptionis relicto, cum præterea in legato per vindicationem dominium ipſo jure absque ullo facto nanciſceretur, ita, ut in ſolo legato per damnationem hæredi facultas legatario ſolvendi, relicta eſſet. Quæ diverſitas Juris Civilis, non modo æquitate, ut dictum, prætoria prorſus immutata, ſed & quoad actiones legatariis diverſa ratione competentes plane ſublata eſt per Conſtitutionem IVSTINIANI Imperatoris in *l. 1. C. comm. d. legat.* magna cum lucubratione factam, ut ait ipſe Imperator §. 2. *I. d. legat.* ſimul diſponens, *ut omnibus legatis una ſit natura, & quibuscunque verbis aliquid relictum ſit, liceat legatariis id perſequi, non ſolum per actiones perſonales, ſed etiam per in rem & per hypothecariam.*

§. IV.

Legata denique, ut facile conjicere licet, legatariis ſunt exſolvenda, quibus varia adipiſcendi juris adminicu-

minicula a legibus subministrantur*, quod tanto justius visum est, quanto magis requirebatur, ne legum robur, quod testamentorum dispositionibus, uti dictum, tribuebatur, effectu careret, & in hæredum arbitrio positum esset, velint legatariis satisfacere, nec ne. Eo pertinet, quod dominium ad legatarium transeat vere & revocabiliter a tempore aditæ hæreditatis, usque ad tempus agnoscendi vel repudiandi legati, &, agnito postea legato, res legatario ex die aditionis acquisita credatur irrevocabiliter, *l. 80. ff. de legat. 2.* Deinde variis legum actionibus legatario consuluerunt jura Romana, actione nimirum hypothecaria, sive quasi Serviana ex hypotheca legali; actione personali ex Testamento, *l. 1. C. comm. d. legat.* quæ cum rei vindicatione concurrit elective, *l. 76. §. 8. ff. de legat. 2.* pariter ac actione possessaria, remedio nempe possessorio adipiscendæ possessionis *l. fin. C. de Edict. Div. Hadrian. toll.* in quo conspirat ORDIN. SAX. PROV. *de anno 1555. tit.* Versatzte Brieff und Siegel, &c. Processum executivum legatariis certo modo contra hæredem concedens. Sed hæc cuncta obtinent, & legatario non nisi in eo rerum situ competunt, ubi legatorum dies jam venit. At quando legatorum dies quidem cessit, nondum autem venit, alia juris tutela pro conservandis legatariorum juribus opus fuit. Et de hac imprimis Cautione legatariis præstanda, dissertationem instituendi animus est, præsertim quid juris Saxonici sit, si legata ex testamento extrajudiciali descendant, explicata prius Juris Romani hac de re dispositione.

§. V.

In omni legato enim probe distinguendum est, utrum sit purum, aut in diem certum, vel incertum, vel sub conditione relictum. Nam eæ distinctiones adhibentur, ut sciatur, in legato puro & præsenti, nisi litigiosum sit, cessare

ſare omnem cautionem, cum in illis dies ſtatim ab adita hæreditate veniat; & ſic legatum peti poſſit; perquam enim iniquum eſſet, ſupervacua cautione onerari hæredem, *l, 14. §. 1. ut legat. ſeu fideicomm. ſervand. cauſa.* Quod ſi vero ita comparata ſint legata, ut dies petendorum nondum extiterit, vel quod in diem certum futurum aut incertum, vel conditionate ſint relicta; primo loco legatariis lex tribuit pignus tacitum in bonis defuncti reliquis, quæ per legata non delibantur *l. 1. C. comm. d. legat.* cujus diſpoſitionis eadem fere fuit ratio IVR. SAX. ELECT. ex ORD. PROC. SAX. *tit. 45. §. item, etc.* cujus effectus is, ut in concurſu creditorum hypothecam cum privilegio prælationis habeant, *l. 12. §. 1. C. qui potior. in pignor.* Fortius autem jus deinde legatariis ſua auctoritate conceſſit Prætor Romanus, quod ſuppeditat *tit. ff. Ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervandorum cauſa caveatur;* de quo Prætor ita edixiſſe videtur: *Legatorum & fideicommiſſorum nomine ſatis dari jubebo, ut quibus teſtator diebus dari fierive voluit, iisdem detur vel fiat, dolumque malum abeſſe, abſuturumque eſſe, inter ſe ſtipulari cogam, arg. l. 1. pr. ff. ejusd.* Scilicet cautionem ab hærede, de legato nondum exſolvendo, ſuo jure exigere poterit legatarius. Et quidem cavendum erat per fidejuſſores, etiamſi bonorum immobilium poſſeſſores hæredes fuerint, *l. 1. §. 1. ff. e. l.* Niſi omnis cautio remiſſa fuerit vel a teſtatore, vel ab ipſo legatario, vel a lege, uti poſt litem conteſtatam *l. 1. §. 9. ff. e. l.* & in parentibus, ut ab illis liberi exigere eam non poſſint, niſi ob gravem cauſam *l. 50. ff. ad SCt. Trebell.* Aequiſſima hæc cautionis ſecuritas Prætori viſa eſt; ſicuti enim hæres ab adita hæreditate ſtatim rerum univerſarum hæreditariarum poſſeſſionem nanciſcitur, easque pro arbitrio adminiſtrat, ita legatarii quoque carere non debent bonis defuncti, de quibus tamen periclitarentur facile, niſi ipſis ſatisdatum fuerit. Equidem hæres non neceſſe habet offerre hanc ſatisdationem, ſed requiri-

 tur,

rur, ut legatarius cautionem desideraverit *l. 1. §. 2. ff. Ut in possess. legat. vel fideicomm.*

§. VI.

Si vero oneratus hæres honoratis legatariis dicto modo non caveat, neque per eos stet, quo minus caveatur, arctiori processu legatarios tueri, eosque in possessionem bonorum hæreditariorum, & quidem omnium, Prætor venire voluit *l. 5. §. 5. 6.* & *l. 13. ff. ut in possess. legat. vel fideicomm.* partim in pœnam contumacis hæredis, partim servandorum legatorum causa, partim quo hæres ad satisdandum fortiore quodam vinculo compellatur, & saltem tædio perpetuæ custodiæ hæredi extorqueatur cautio *l. 3. l. 5. C. eod.* Tribuit igitur hæc missio solum jus pignoris prætorii, *c. l. 3. C. eod.* quare hæres simul in possessione manet, *l. c. 5. pr. ff. eod.* non jus percipiendi fructus, nisi legatum pertineat ad filiam, neptem, uxoremve, quæ in causa vescendi, si nec nuptæ, nec suum quicquam habeant, bona quæ legatorum causa tenent, diminuere possunt. *l. pen. ff. eod.* Diutius autem hærede in contumacia perseverante, si sex menses præterlapsi, neque interea cautum fuerit, Imperator MARCVS ANTONIVS, tradente PAPINIANO in *l. c. 5. §. 1. ff. ut legator. seu fideicomm.* si caveret legatarius, ad eum possessionem esse transferendam, rescripsit; Imperator ANTONINVS autem eodem PAPINIANO testante in *l. 5. §. 16. ff. ut in possess. legat.* etiam in propria bona hæredis tunc esse mittendos legatarios, & inde fructus percepturos, voluit. Sed hanc in rem missionem IVSTINIANVS Imp. in *l. 3. §. 2. C. comm. d. legat.* quam *tenebrosissimum errorem* vocat, aboluisse, nobis videtur, quamvis, quæ ibi de in rem missione habentur, GOTHOFREDVS *in not. ad eand. leg.* quem & reliqui

liqui omnes juris interpretes deinde sunt secuti, ita explicet, ut in rem missio antiquitus esset, legatorum seu fideicommissorum nomine, hærede non existente solvendo adversus extraneos rerum hæreditariarum possessores. IVSTINIANVS enim iis innititur actionibus, quas legatariis in *Constitutione l. 1. C. cod.* concessit, personales scilicet in rem, & hypothecarias, quas securitati legatariorum sufficere existimavit, cum simul omnem rei legatæ alienationem irritam esse, & quasi nec scriptam, nec celebratam penitus, declarasset, data his ipsis legatario omni licentia, rem vindicandi, & sibi adsignandi, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo, ut habet §. *pen. l. c. 3. C.*

§. VII.

Atque in his consistit primaria legum Romanarum virtus, si legata ex die vel sub conditione debentur, quare hæc de Jure Romano perbrevis tractatio nobis sufficiat, cum eadem, si non omnem, præcipuam tamen ejusmodi legatorum materiam nos exhausisse persvasum habeamus. Nunc superest, ut paucis, quæ sint Juris nostri Saxonici Electoralis hac de re dispositiones, indigitemus, cum variante jure in Electorali hoc districtu dispositum esse, & patrias leges in plurimis a communi jure, hodie præsertim, emendata Processus Saxonici Ordinatione, recedere, compertum habeamus. Supra §. 5. in transitu apposuimus, tacitam hypothecam, quæ de Jure Romanorum *ex l. 1. C. comm. de legat.* in legatis nondum exsolutis, honoratis competit, iisdem, Jure nostro Electorali, fuisse olim concessam. Cujus rei luculentum testimonium exhibet ORD. PROC. SAX. *de ann. 1622. tit. XLV.* Von dem stillschweigenden Pfande, §. 7. ubi: *Item*, Wann einem aus einem Testamente etwas legiret, und verschaffet wird, hat er hierüber eine heimliche Verpfändung in alle des

Testatoris Verlassenschafft, und was dergleichen Fälle mehr sind. Agnovit nempe eo tempore Serenissimus Legislator Saxo jus taciti pignoris in cunctis, in quibus idem constitutum est Jure Romano, ut apparet satis clare ex §. *1. cit. tit.* ORD. PROC. SAX. quæ Juris utriusque harmonia ad nostra hæc tempora constante robore perduravit, donec POTENTISSIMO ET SAPIENTISSIMO REGI AC ELECTORI, PRINCIPI NOSTRO CLEMENTISSIMO, æquitati & justitiæ magis conveniens visum fuerit, omne jus taciti pignoris & hypothecæ penitus tollere, & abolire, quod inductum deinde est Emendata Processus nostri Ordinatione d. 10. Jan. 1724. promulgata *Tit. XLV.* Von dem Stillschweigenden Pfande, rc. in qua tantæ immutationis & abrogati taciti pignoris rationem æquissimam simul appositam conspicimus *dict. Tit. XLV.* §. *1.* weiln dadurch grosse Gefährde, und besonders bey Concursibus creditorum vieler Auffenthalt verursachet worden, substituta in locum taciti pignoris expressa hypotheca, & quidem judiciali, a judice vel ex officio, vel ad instantiam partium, prout diversa est crediti ratio, in bonis administratorum vel debitorum immobilibus, constituenda, ita, ut hæc si non possideat debitor, alia sufficiente cautione fidejussoria satisdare cogatur, *cit.* §. *1. & 5. Tit. XLV.* Qua prudentissima juris dispositione feliciter hodie effectum est, ut non solum iis, qui tacito pignore alias potiores essent, certiori cautione fuerit prospectum, sed & insimul eorum creditorum commodo consultum sit, qui omni prælationis jure destituti, sæpius ob ignorantiam crediti, tacito jure privilegiati, prorsus fere invincibilem, ad pecuniam mutuo dandam, adeoque periculo amissionis subjectam, facile inducuntur.

§. VIII.

Hæc itaque de abolendo taciti pignoris jure in Saxonia Electo-

Electorali facta promulgatio adeo universalis est, ut etiam ad legata in diem & sub conditione relicta omnimodo debeat extendi, utpote quæ majoris certiorationis causa §. 4. *cit. Tit. XLV.* nominatim & expresse eo referuntur. De his autem quid juris peculiaris sit stabilitum, nunc dispiciendum erit. Verba dispositiva *cit.* §. 4. hæc sunt: Gestalt wir denn hiermit diese, und überhaupt alle andere hypothecas tacitas, nochmahls ausdrücklich cassiren und aufheben, solches auch auf die legatarios, fideicommissarios particulares, und donatarios mortis causa, ingleichen die Verpachter, jedoch dergestalt extendiret haben wollen, daß denen ersten, wenn ein Gerichtlich Testament vorhanden, gleich nach dessen Eröffnung, von dem Richter, eine gerichtliche hypothec, auf des Defuncti unbewegliche Güter nach Art und Weise, wie §. 1. constituiret, oder in deren Ermangelung der Erbe zur Bestellung zulänglicher Caution angehalten werde; Bey ausser gerichtlichen Testamenten aber, die Erben sub pœna dupli, und daß jedweder derselben dafür in solidum, ohne des Beneficii divisionis zu geniessen, hafften müsse, schuldig seyn sollen, binnen 3. Monathen, a tempore aditæ hæreditatis, es Gerichtlich zu melden, und denenselben dergleichen zu præstiren. Quibus verbis primo loco discrimen ponitur inter legata ex testamento in judicium deposito, & ex extrajudiciali promanantia. Si ex judiciali testamento debentur, judex ex officio, publicatis testamenti tabulis; hypothecam judicialem in bonis defuncti immobilibus legatario assignat, aut, his non extantibus; ad satisdandum, vel propriis, vel fidejussorum bonis hæredem adigit; Deinde sicuti in legatis, ex testamento extrajudiciali derivatis, omnis de constituenda hypotheca judiciali dispositio inanis fuisset, nisi insimul judicialis ejusmodi tabularum productio, quo judex suo officio fungi queat, esset requisita, eam non solum, intra proximos post aditam hæreditatem tres menses, celebrandam injunxit lex nostra

 pro-

proposita, sed &, quo, formidine pœnæ caveant hæredes reticere extrajudicialia testamenta, sub pœna dupli, ante elapsum prædicti temporis spatium, id fieri jussit, eum in finem, ut vel sufficiens cautio de legato solvendo ab hærede exigi, vel hypotheca in bonis defuncti immobilibus a judice interim constitui possit. Jus quod attinet in duplum agendi legatariis hoc modo contra hæredem, vel negligentem, vel dolosum, concessum, convenire ex parte videtur cum Jure Justinianeo §. *19. & 26. I. de Action.* constituto, ubi parilis in duplum actio contra eos hæredes datur, qui relicta Sacro Sanctis Ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine dare aut distulerunt, usque adeo, ut etiam in judicium propterea vocarentur, aut plane inficiati sunt legatum. Tunc enim & ipsam rem, vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna, & ideo in duplum ejus fit condemnatio.

§. IX.

Liceat præterea paucis adhuc monere, nos in ea esse sententia, quamvis prædicta moderna IVRIS SAXONICI de constituenda legatariis judiciali hypotheca Ordinatio adeo generalis videatur, ut in quibusvis legatis judex ex officio ad eandem constituendam compellatur, esse tamen forte aliquando in hoc juris puncto relaxandum, si aliæ urgentes rationes suadeant quo minus juris rigor observetur. Huc pertinere putamus primo si legata sint pura ac certa, per ea, quæ supra §. *5.* adstruximus, statim enim eorum dies venit, exigi possunt, & executive contra hæredem agi potest, quoniam omne jus, legatariis in reliquis legatis, vi judicialis hypothecæ, competens, in ipso momento aditæ hæreditatis, propter puritatem legati, si non sit controversum, jamjam iis aperitur; adeo-

adeoque supervacua cautione hæredem onerari, & a judice in constituenda & delenda hypotheca inutiles expensas causari, perquam iniquum esset. Deinde huc vocari poterit, quod Jure Civili constitutum est, non compellendum esse hæredem cavere, si ipse testator cautionem ei testamento remiserit, ut expresse habetur in *l. 12. & 18. pr. ff. ut legat. seu fideicomm.* quia id contra voluntatem testatoris fieret, quæ tamen, ut ab hærede ipso in exsolvendo legato, ita etiam a legatario in poscendo, sancte erit observanda, ut ne quidem judex sua auctoritate intervenire, & contra testamenti legem, hypothecam ex officio concedere queat, & si quis, cum, vetitus esset a testatore satis accipere, acceperit, hæres, qui ignoravit remissam sibi satisdationem, quoniam indebite cavit, liberationem condicere possit *l. 1. pr. ff. ut in possess. legat.* Cessabit porro cautio, si a legatariis ei renunciatum sit, præterea enim, quod; quemlibet suo juri ac privilegio valide renunciare posse, aperti juris sit, expresse insuper pactum inter hæredem & legatarium factum, ne ab eo satis accipiatur, validum declaratur in *l. 46. ff. d. pact.* nec a legatario, remissa hæredi satisdatio per pactionem. ex pœnitentia revocari debet, cum liceat sui juris persecutionem, aut spem futuræ perceptionis, deteriorem constituere *l. c. 46.* Minus dubii habere intelligitur cautionis & judicialis hypothecæ intermissio, in legatis ipsi hæredi relictis, quæ vel prælegationis jure, vel alia animi intentione haud raro scribere solent testatores, cum sibimet ipsi satisdare ridiculum foret, quod contingere potest, si cum reliquis legatis illud idem simul in diem sit concessum, nisi forte conditionem contineat, qua non adimpleta, ad alium pertinere legatum debet. Tandem quoque hypothecæ constitutione opus haud erit, si hæres paratus sit statim legatum solvere, vel simpliciter, vel conventione de interusurio cum legatariis inita.

§. X.

§. X.

His positis, quæ sit Juris Civilis Romani ac Electoralis Saxonici differentia circa legata in diem & sub conditione debita, facile est intelligere. Unicum superest, quod nobis conclusionis loco discutiendum proposuimus. Non possumus enim non, quin mentionem injiciamus controversiæ multum diuque, in ipsa hac civitate, coram Senatu, superiori anno 1725. agitatæ, occasione pœnæ dupli in §. 4. EMEND. PROC. SAX. ORD. *Tit. cit. XLV.* hæredi dictitatæ, si forte intra trimestre spatium, ut jam in Superioribus dictum est, extrajudiciale testamentum, judicialiter non produxerit, quo cautio legatariis legitime possit præstari. Cujus litis circumstantias, cum DN. Præsidi patrocinium hæredi præstare licuerit, tanto accuratius suppeditabimus. Hæres nimirum extrajudiciali, in quo simul varia legata, post annuum spatium, ab adita hæreditate computandum, exsolvenda, erant relicta, in eo quidem præscriptis *cit.* §. 4. satisfecerat, ut intra tempus trimestre testatoris dispositionem extrajudicialem judicialiter ediderit, nullum vero præterea de constituenda legatariis hypotheca instantiam judici insinuaverat. Præterlapsis his tribus mensibus inopinatà in duplum actione a legatariis se peti vidit, cujus fundamentum in eo positum, quod sola judicialis testamentorum publicatio, ad evitandam dupli pœnam, hæredi non sufficiat, sed insuper opus sit, & de constituenda legatariis hypotheca hæredem sollicitum esse, id quod ex verbis *cit.* §. 4. und denenselben dergleichen zu præstiren, eruere susceperunt. Res eo processit, ut, cum fundatam agendi intentionem se habere persuasi essent legatarii, & spe dupli acquirendi certa lactarentur, inhibitionem, de non alienandis reliquis bonis hæreditariis, decernendam, a magistratu sibi expeterent, quo, actione ad finem perducta, expeditum dupli adjudicati objectum executionis haberent.

§. XI.

§. XI.

Neque soli legatarii, & qui eorum partes in judicio susceperant, in ea sententia fuerunt, hæredem in pœnam dupli, intermissa hac constituendæ hypothecæ petitione, incidisse, sed & ad eorum consultationem Scabini Lipsienses Responso, Mense Septembr. an. 1725. lato, eandem amplexi sunt, cujus tenor sequens: Auf eure an uns gethane zwey Fragen, sprechen Wir Chur-Fürstlichen Sächsische Schöppen zu Leipzig, anfänglich und auf die erste Frage vor Recht: Hat Rosina in ihrem am dritten August. 1711. zu Peilzig im Churfürstenthum Sachsen gelegen, aufgerichteten Testamente Euphrosinen, Annen Marien, und Annen Sophien jeder 350. und also ihnen zusammen 1050. Rthl. dergestalt legiret, daß der Erbe in Jahr und Tag nach der Testatricin Tode diese Vermächtnisse baar auszahlen sollen. Da nun Rosina im Anfange dieses 1725sten Jahres verstorben, und der Erbe von solcher Zeit an denen Legatarien keine Hypothec constituiret, so stehen diese in den Gedancken, ob sey jener in die, in der Allergnädigsten Erleuterung der Proceß-Ordnung *Tit. XLV.* §. 4. geordnete Straffe des dupli verfallen. Ob nun wohl das angezogene Testament vor Publication ermeldter Erleuterung und zwar vor einem Auctoritate Publica bestätigten Notario, und Zeugen aufgerichtet, von denen Legatariis auch dießfalls nichts gesuchet, dennoch aber das Testament von dem Erben zu Constitution einer Hypothec wegen eines gleichmäßigen, vor eine Piam Causam darinnen verordneten Legati, vor dem Rathe zu Peilzig innerhalb 3. Monathen würcklich produciret worden. Dieweil aber dennoch die erleuterte Proceß-Ordnung klare Maaße giebet, daß bey aussergerichtlichen Testamenten die Erben sub pœna dupli schuldig seyn sollen, binnen drey Monathen a tempore aditæ hereditatis die Legata gerichtlich zu melden,

 und

und denenselben eine gerichtliche Hypothec auf des Defuncti unbewegliche Güter zu constituiren oder in deren Ermangelung zulängliche Caution bestellen sollen: Und da hierbey die Meldung vor Gerichte innerhalb einer beniemten Zeit, deren Anfang so wohl, als der Inhalt des Testaments, jedesmahl dem eingesetzten Erben bekannt seyn muß, dem Legatario aber dann und wann lange Zeit, auch wohl gantz und gar verschwiegen bleibet, von dem Erben selbst zu billigmäßiger Beförderung des Defuncti letzten Willens erfordert wird, dieser die Ansuchung des Legatarii nicht zu erwarten, noch in deren Unterbleibung sich hiermit zu entschuldigen hat, so wenig die bey anderer Gelegenheit dem Legatario, zu dessen Vortheil die Meldung gereichen soll, unwissend gerichtlich geschehene Production des Testaments denselben von der Straffe befreyen mag, zumahl zu deren Ablehnung nicht die Anmeldung des Legati alleine, sondern conjunctim die Constituirung der Hypothec verlanget wird, nach mehrern Inhalt eurer Frage. So möchte der von Rosinen eingesetzte Universal-Erbe in die Straffe des Dupli wohl ertheilet werden. In quo Juris Responso primaria decidendi ratio, ut videre est, fuit, ORDINATIONEM. PROC. §. 4. *Tit. XIV.* non solam judicialem testamenti productionem sub pœna dupli, sed conjunctim constitutionem hypothecæ, ut actum inseparabilem, eadem pœnali sanctione, ab hærede, intra spatium definitum, requirere; neque expectandum esse, donec ipse legatarius legali hoc pignore sibi prospicere roget, quippe quod contingere facile posset, ut testamenta extrajudicialia, vel justo tardius aliquando, vel plane nunquam ad legatariorum notionem perveniant, atque propterea, hoc supposito, sola judicialis tabularum editio legatariis, vel nullius, vel parvi momenti sit, verum cum hæres ad constituendam legatariis hypothecam compellitur, hoc ipso, quoniam ipsius interest, rem suam liberatam habere, incitetur magis magisque ad implendam exacte defuncti voluntatem.

§. XII.

§. XII.

Agnoſcimus pondus horum argumentorum, ſed quod attinet ipſam Sereniſſimi Legislatoris diſpoſitionem in §. 4. ſæpius citati *Tit. XLV. E. O. P. S.* monitum eo tempore fuit, verba accipienda eſſe, ſicuti jacent, atqui poſitio: Und denenſelben dergleichen zu præſtiren, voce Dergleichen referens, ut ajunt, conſtituit ad antecedens quoddam relatum neceſſario extendendum. Præmittitur autem illud idem relatum *eodem* §. 4. his verbis: Daß von dem Richter eine gerichtliche hypothec auf des Defuncti unbewegliche Güter, nach Art und Weiſe, wie §. 1. verſehen, conſtituiret werde. Ergo in hac controverſia primario inſpicienda fuiſſent verba commemorati §. *1. ejusdem Tituli*, quibus clare ſatis conſtitutum, judicem ex officio hypothecam judicialem impertiri, nulla prorſus mentione facta, ad inſtantiam & petita hæredis eam demum eſſe conſtituendam. Hæc tanto majoris rationis fundamento innititur, quod expediti juris ſit, hypothecæ judicialis conceſſionem, non a privatorum facto, ſed a judicis arbitrio dependere, & in his præcipue ejus officio eſſe commiſſam. Accedit, quod teſtamenta extrajudicialia, inductione in judicium facta, ſtatim vim atque naturam judicialium teſtamentorum obtineant, eaque propter illorum cum his deinde par ratio haberi debeat. Porro quod omnis ratio factæ ſanctionis in eo conſiſtat, ne legata ex teſtamento extrajudiciali relicta, ab hærede reticeantur, & ut judex in tempore legatariis proſpicere ſufficiente cautione queat. Prius impeditur judiciali exhibitione teſtamentorum præſtita; alterum obtinetur cauti judicis conſtitutione hypothecæ ex officio. Ergo ſi priori requiſito, judiciali nempe editioni, ſatisfecerit hæres, de reliquis ſecurus eſſe poterit, & in pœnam dupli minime erit condemnandus.

Ceſſante enim legis ratione, effectus ejusdem quoque ceſſat, tritiſſimum eſt brocardicum juris. Ex quibus ſimul ea, quæ in præjudicium legatarii in ſupra adducto Juris Reſponſo negligi dicuntur, ex aſſe ſupplentur. Neque hæc a nobis in hæredis favorem adducta rerum momenta indigna ſuperioribus viſa fuerunt, quin potius denegatis de decernanda inhibitione legatariorum petitis, provocatio eorum hinc inde ad Curiam Supremam Provincialem directa, rejecta ſit, & ulteriori ad Sereniſſimum interjectæ appellationi eadem ſors contigerit, ita, ut quamvis lis hæredem inter & legatarios amicabili compoſitione fuerit deinde ſopita, iteratæ tamen Appellationum rejectiones deciſionis loco eſſe poſſint.

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

§. VIII. De moderna §. 4. Tit. XLV. E. O. P. S. dispositione & expressa judiciali hypotheca Legatariis constituenda.

§. IX. Quibusdam rerum circumstantiis concurrentibus, hypothecæ constitutione non opus esse, conjicitur.

§. X. Status Controversiæ cujusdam circa pœnam dupli hæredi certo modo ex §. 4. Tit. XLV. E. O. P. S. imminentem, recensetur.

§. XI. Scabinorum Lipsiensium Responsum juris hac de re latum adducitur.

§. XII. Contraria Sententia variis superstructa argumentis proponitur.